

「信義則」論と「条理」論の正常化を目指して —賃借権の無断譲渡・転貸と 「信頼関係法理」を素材として—

Toward the normalization of “Treu und Glauben” and “naturalis ratio”

渡 辺 博 之

Hiroyuki Watanabe

- 一 はじめに
- 二 賃借権の無断譲渡・転貸と信頼関係法理確立までの経緯
- 三 「信頼関係法理」と信義則・権利濫用法理の法解釈上の意味の分析と分類

一 はじめに

筆者は、これまで信義誠実の原則・信義則に関する理論的・応用的研究（以下、「信義則」論という）を行ってきたが、「信義則」論を進めるうち、究極の問題として、条理の適用区分と信義則の適用区分とがわが国では混用されている実態があり、それこそが「信義則」論における大きな障害となっていると理解するにいたった。そこで、近時は、「信義則」論と「条理」論（いわば、条理に関する理論的・応用的研究の意味）の適用の正常化が必要と考え、具体的な問題^①を取り上げ、分析・論考を試みている。

本稿も、タイトルに見えるように、「信義則」論と「条理」論の正常化について、「賃借権の無断譲渡・転貸と信頼関係法理」を素材として、分析・論考を進めることにする。

なお、「賃借権の無断譲渡・転貸と信頼関係法理」の問題は、その理論的展開として、その局面のみにとどまらず、広く「賃貸借契約の解除権全般と信頼関係法理」の問題に拡大している。本稿は主目的として、「信頼関係法理」（こ

の文言は、「信託関係破壊の法理」と呼称されることが多いが、本稿では、この表現を用いる）の法解釈上の位置づけを明らかにすることにあるゆえ、研究の材料としては、前者の部分に限定することにする。ただ、考え方としては、同様のことが前者のみならず、後者についてもいいうるということは付言しておく。

さて、周知のように、右解除権の制約理論として、直ちに「信託関係法理」が構築されたというのではなく、その経緯の途中に、信義則や権利濫用法理による理論構成が試みられようとした一時期が存在する。筆者は、この種の議論で多くの場合に活用されている、信義則・権利濫用法理でなく、判例・学説がなにより、「信託関係法理」を採用することになったのかという点に、強く注目している。そして、「信託関係法理」が確立された理論のように理解されているが、信義則・権利濫用法理ならともかく、そもそも「信託関係法理」とは、法的に何なのか、どのような位置づけなのかは、学者も判例も何ら説明していない。筆者は、その辺を明らかにしていきたいと考えている。

二 賃借権の無断譲渡・転貸と信託関係法理確立までの経緯

賃借権の無断譲渡・転貸の法律問題については、周知のように、民法は 612 条に明確な規定をおいている。同条は、判例・学説によって当初は文理的に解釈されていたが、時代の要請に応じ、その解釈を部分的に、最終的には全面的に修正されることになる希有な条項である。

1 賃借権の無断譲渡・転貸、民法 612 条とその解釈の変遷

(信義則・権利濫用法理の適用前まで) — 第一期 —⁽²⁾

- (1) 民法 612 条 1 項は「賃借人は賃貸人の承諾を得なければ、その賃借権を譲り渡し又は賃借物を転貸することができない」とし、さらに同条 2 項は「賃借人が前項の規定に違反して第三者に賃借物の使用又は収益をさせたときは、賃貸人は、契約の解除をすることができる」と規定している。上記のように、同条によると(文字通りの解釈によれば)、賃借人が賃借権や

賃借物について、賃貸人に無断で譲渡または転貸した場合、賃借人の債務不履行が発生することになり、賃貸人は賃貸借契約の解除権を獲得することになる。⁽³⁾

(2) 初めに、この間の大審院時代の主立った判例を見てみよう。⁽⁴⁾

まず、大正期の、① 大判大正 8 年 11 月 24 日 (民録 25 輯 2096 頁) は、「賃借人ノ何人ナルカハ賃貸人ノ利益ニ関シ至大ノ関係ヲ有スル事項ニシテ賃借人ノ資力性行職業等異ナルトキハ自ラ物ノ使用収益ノ程度方法等ニモ差異ヲ生スヘク且賃料ノ支払ニ付テモ亦別異ノ結果ヲ生スヘシ」と説いている。

ついで、昭和期の、② 大判昭和 3 年 8 月 8 日 (新聞 2907 号 12 頁) は、「賃借人カ賃貸人ノ承諾ヲ得スシテ賃借物ヲ転貸シタルトキハ賃貸人ハ特約ヲ云為スル迄モナク当然契約ヲ解除シ得ルコトハ民法第六百十二条ノ規定スル所ニシテ斯ク同条カ賃貸人ニ解除権ヲ附与シタル所以ノモノハ賃借人ニ背信ノ行為アリタルカ為ニ外ナラサルヘク而シテ其ノ背信行為アリト云ヒ得ルニハ転貸カ賃借物ノ一部ナルト否トニ拘ハラサルヘキカ故ニ仮令賃借人カ賃借物ノ一部ヲ転貸シタル場合ニ於テモ別段ノ意思表示ナキ限り賃貸人ハ契約全部ヲ解除シ得ルモノナリト云ハサルヘカラス」。

同じく借地の無断転貸の事件を扱った、③ 大判昭和 10 年 4 月 22 日 (民集 14 巻 7 号 571 頁) は、「賃借人カ賃貸人ノ承諾ヲ得スシテ賃借物ヲ他人ニ転貸シタルトキハ賃借人ノ義務ニ違背シタルモノナレハ賃貸人ハ賃借人ニ対シ契約ノ解除ヲ為スコトヲ得ルハ民法第六百十二条ノ規定スル所ニシテ其ノ解除ノ意思表示ヲ為スノ際既ニ転貸借契約終了シタリトスルモ右意思表示ノ効力ヲ阻却スヘキモノニ非ス蓋シ縱令転貸借契約終了シタリトスルモ賃借人ノ義務違反ノ事実其ノモノハ遂ニ之ヲ如何トモスルコトヲ得サレハナリ・・・」とする。

(3) 学説も、このような経緯について、民法 612 条 (以下、民 612 条と表記)

について、「この法文を文理どおりに解釈するときは、賃借権の無断譲渡・転貸自体が違法であり、そのことがただちに『解除』の原因となるはずであり、戦前には、賃借権一般について、この文理どおりの解釈がおこなわ

れていて、建物賃借権についても、なんら特別な取扱いはなされていなかった」と論評している。⁽⁵⁾

(4) この期の判例・学説の整理

以上のことから明らかなように、当初の判例および学説の立場は、賃借借契約においては、誰が当該物件を借り受けるのかということが、重大な関心事であり、それゆえ無断譲渡・転貸こそが賃借人における「背信ノ行為」となり、賃借人の無断譲渡・転貸は債務不履行といえるのである。そして、その理解は、かりにその債務不履行の内容が一部の転貸であつても（②判決参照）、また賃借借契約が終結していたとしても（③判決参照）同様のことがいえ、賃借地全部についての契約解除が認められるというものである。

すなわち、この段階では、民 612 条は文字通りの解釈が普遍的に行われており、無断譲渡・転貸こそがいわずもがな信義則違反にほかならない。

「凡ソ賃借ナルモノハ賃借人ソノ人ニ対スル信用ニ基キテ成立スルモノナルカ故ニ賃借人ニ於テ擅ニ他人ヲシテ賃借物ヲ使用セシムルコトハ此ノ契約ノ本質上之ヲ認ム可カラサル」（大判昭和 4・6・19 民集 8・678）というのが、当時の判例や学説の立場である。すなわち、この時期には、民 612 条の規定の趣旨を変えるために、信義則や信頼関係法理をもちだす必然性はまったくみあたらない。

2 賃借権の無断譲渡・転貸、民法 612 条とその解釈の変遷

（信義則・権利濫用法理の適用の登場）— 第二期 —

(1) この第二期が登場する前、第一期からの移行期にあたる展開が見られるので、まず紹介する。

すでに、学説としても、前節③判決の評釈のなかで、山中康雄教授が「現に転貸借の終了せることを主要なる一ファクターとして更に諸般の事情を斟酌してX（被上告人＝賃貸人）の解除を権利濫用と認むる余地なかりしや否やを慎重に考察すべきであると思ふ」と論じていた。⁽⁶⁾

ついで、大審院の立場として顕著な例をあげると、大判昭和 15 年 3 月 1

日（民集 19 卷 7 号 501 頁）がある。まず、原审で敗訴した上告人（賃借人）の上告理由は、つぎのとおりである。①表面上は転貸であるが、地上建物に買戻特約をつけて名義を変更したにすぎず、上告人が依然として居住していること（訴訟進行中、買戻が実行され、請求原因も解消している）、②本判決が実行され建物が取り壊されることは、「経済的ニ他人ノ利益引イテハ国家ノ利益ヲ害スルコト甚大ナルヲ顧ミサルモノニシテ即チ權利ノ濫用ナリ」とする。

しかし、大審院は以下のような消極的立場に立つ。

「然レトモ上告人由三郎ニ於テ本件建物ヲ譲渡スト共ニ其ノ敷地タル本件土地ノ賃借權ヲ被上告人ノ承諾ナクシテ上告人幸作及和平ニ譲渡シタルコト判示ノ如クナル以上被上告人ハ右譲渡ヲ理由トシテ上告人由三郎ニ對シ同人トノ間ノ賃借契約ヲ解除シ得ヘク仮令右解除ノ結果該宅地上ニ二千余円ノ費用ヲ以テ建設セラレタル建物カ取毀サルルコトトナリ又上告人由三郎カ右場所ニ於テ従前ノ營業ヲ繼續スルコトヲ得サルニ至ルコト其ノ他所論ノ如キ事實アリトスルモ斯ノ如キ事實ハ未タ本件ニ於ケル解除權行使ヲ以テ權利ノ濫用ナリト断スルヲ得ス」と。

この事案は買戻特約の下に行われた所有名義の変更に過ぎないという無断転貸の内実からして、上告理由では民 612 条にいう無断転貸による解除が権利濫用に該当するかどうか争われた。結果として、賃借人側の権利濫用の主張は容れられなかったが、その是非はともかく、当事者の諸関係のいくばくかが検討されていること、さらには、「其ノ他所論ノ如キ事實アリトスルモ斯ノ如キ事實ハ未タ本件ニ於ケル解除權行使ヲ以テ權利ノ濫用ナリト断スルヲ得ス」とし、権利濫用法理の適用の可能性を残したことなど、これまで、形式論的に行われてきた民 612 条の解釈にくさびを打ち込んだ判例として、一応の評価がされよう。

（2）この期の判例の動向

この期の判例の傾向をみると、判例においても、また学説においても、なんとか賃借人の窮状を回避させるべく、民 612 条の文理解釈の修正を試みようとした努力の跡がうかがわれる。その方途こそ、民法 1 条（信

義則・権利濫用法理) の活用であった。

(イ) まず、下級審判例を概観する。

- ① 「住宅緊急措置令第三条ノ三、第一三条ノ四において都道府県知事は余裕住宅の所有者又は占有者に対しその一部をその指定する戦災者等に貸し付けることを勧奨し更に貸付を命令することを規定したことをも考えると」、たとえ賃借人が本件家屋の一部を他に転貸することについて賃貸人の承諾を得ていなくても、民 612 条によって賃貸人が解除権を行使することは、信義誠実の原則にそむくものとして同法 1 条によって許されないものといわなければならない。(大阪高判昭和 24 年 2 月 16 日高裁民集 2 巻 16 頁)
- ② 「住生活困窮者のため、賃借人が自己の住家の一部を割いてその者の居住に奉仕することは、賃貸人に対する背信行為というよりも、より高次の観点から社会生活に協力するの美徳ともいえるので」、賃借人の右転貸は、解除の原因たる背信行為と解するのは妥当でなく、したがって右転貸が賃貸人の承諾のないものとして、これにより解除権を行使するのは、信義に反する権利の濫用であるといわなければならない。(福岡高判昭和 25 年 4 月 10 日下級民集 1 巻 532 頁)
- ③ 「家主から執拗かつ強硬に明渡を迫られ、不安に思つて一時八畳および六畳に一人ずつ他人を居住させ、そのあと六畳に恩人を一時住まわせたが、これらの者はいずれもすでに退去している場合」、それは自衛策または恩義に報いるやむをえない措置だから、それを理由に解除をするのは、権利濫用となる。(東京地判昭和 25 年 5 月 31 日下民 1 巻 5 号 845 頁)
- ④ 借家人が二階を 8 か月ばかり転貸したが、転借人の退去後 3 か月して家主が解除したのは、権利濫用となる。(神戸地判昭和 25 年 6 月 26 日下民 1 巻 6 号 996 頁)
- ⑤ 「三人の無断転借人のうちの一人がその家屋を買ったのち、借家人の無断転貸を理由に賃貸借を解除した場合」、新家主は転貸の事実を熟知し

て買ったのだから、解除は信義則に反する。(東京地判昭和 27 年 1 月 28 日下民 3 卷 1 号 79 頁)

- ⑥ 借家人が半年ほど他に居住している間、引揚者で住居に困っている知人に留守番を頼んだという事案(判旨は、これを転貸としている)、わずか 3 か月も経たぬうちに家主がこれを理由として解除をなすことは、信義誠実の原則に反するとする。(大阪地判昭和 27 年 5 月 30 日下民 3 卷 5 号 753 頁)
- ⑦ 賃貸借契約の解除についてではないが、マーケット内の店舗の賃借権譲渡を従来は家主が明示または黙示に承諾してきたのに、ある店舗の借家人に対する個人的反感から、その店舗の賃借権譲渡についてだけ承諾を拒否するのは、権利濫用にあたる。(東京地判昭和 27 年 7 月 15 日下民 3 卷 7 号 973 頁)
- ⑧ 「賃借人の訴外会社に対する本件瓦斯井戸の掘削の許容は未だ必ずしも賃貸人に対する賃貸借関係における信頼関係を裏切る意思に出たものと認めるべき証拠もないので」、本件土地の一部を使用せしめたことは社会経済上からみて許容されるものである。したがって、賃貸人が賃借人の本件土地の一部の無断転貸に基づき賃貸借解除の意思表示をした場合、賃貸人は右解除権の行使について権利を濫用したことになる。(東京地判昭和 29 年 6 月 26 日下民 5 卷 934 頁)

なお、控訴審である、東京高判昭和 31 年 8 月 4 日高裁民集 9 卷 470 頁も、「賃貸人の承諾がなく賃借人が第三者をして賃借物の使用又は収益をなさしめた場合でも、賃借人の当該行為を賃貸人に対する背信的行為と認むるに足らない特段の事情あるときは」、賃貸人は民 612 条 2 項による解除権を行使しえないか、少なくともこれを行使することは権利の濫用となるとする。
- ⑨ 借地人が、所有する建物のうち一戸を戦時中住居を失った第三者に賃借するなどしていた場合、地主による借地人らに対する土地明渡請求は権利濫用にあたる。(東京地判昭和 31 年 3 月 20 日下民 7 卷 708 頁)
- ⑩ 「無断転貸があったときは賃貸借契約を解除することができる旨の特

約があっても、無断転貸行為が客観的に考察して一般の賃貸人ならばその賃借人に対し将来不信不安を抱かないであろうと思われるような場合ならば」、実質上解除権の行使は阻まれ、これをあえてするときには権利の濫用となる。(東京地判昭和 33 年 10 月 3 日下民 9 卷 1997 頁)

以上の下級審判例を概観するに、たとえば、①や②の判決は、法政策的な議論からすれば、戦後の住宅難に対する立法政策等が背景となっていることから、信義則の問題というのではなく、公共の福祉(1条1項)によって、判断されるべき内容ともいいうる。

つぎに、⑧や⑩判決のように、権利濫用と「背信」行為とはならないことを結びつけているものがみうけられるのは注目に値する。この点について、「もはや無断転貸であっても、特別な事情から賃借人の転貸行為が賃貸人に対する背信行為と認められない場合には、賃貸人の解除権は信義則または権利の濫用禁止の原則から制限されるとするものは確定的判例といってよい」⁽⁷⁾との評価もみてとれる。しかし、筆者は、これらの判例は後節で説明する「信頼関係法理」の影響を受けながら(時代的にも交錯している)、当時この理論がまだ確固たる地歩をうるには十分でないため、法的根拠として信義則や権利濫用法理を活用した、過渡的判例と理解している。

最後に、これらの判例の中には、まさしく信義則や権利濫用法理が用いられるべき事案も存在している。後述のように、⑤や⑦判決であり、立法政策によるものでなく、「信頼関係法理」にも該当しない、まさしく信義則や権利濫用法理の固有の事案である。その余の判決については、解除権の前提となる事実のなかに、「信義則違反」事実が認められるものでなく、ただ単に、無断譲渡や転貸に対する解除権の行使自体が信義則違反・権利濫用にあたるというもので、民 612 条の適用を停止する根拠としては、弱く不十分である。

(ロ) 以上の下級審判決の傾向と異なり、最高裁は、おおむね一貫して、一般条項による解釈を避けている。むしろ、最高裁は早くに一般条項を用

いる手法を否認する態度を表明してきたといえる。ここでは、主立った二つの判決をやや詳しく紹介する。

⑪ 最判昭和 28 年 1 月 30 日第二小法廷民集 7 卷 1 号 116 頁

〔事実の概要〕 被上告人・賃貸人所有の家屋の上告人・借家人が、空襲により住居を失って困っていた夫婦に二階六畳一室を間貸した。被上告人は、無断転貸を理由として契約を解除し、上告人に明渡を要求し、原審は被上告人の請求を容れたので、上告人は、「余裕住宅の解放が住宅緊急措置令其の他法制的に取あげられている当時、住宅逼迫の情勢下では数室ある借家の一室を親交あり、且つ義理ある他人へ間貸したことを理由に全部の賃貸借契約を解除するは明らかに権利の濫用であり、民法第一条の制約を受くべき違法がある」として上告。

〔判旨〕 上告棄却。すなわち、「賃借家屋の間貸について特別の事情があるため、間借人の使用関係は事実上のものにすぎず、法律上の権利関係が設定されたものとは認め得られない場合がないわけではないが、それだからといって現下の住宅事情の下においても、すべての間貸が民法第六一二条の転貸に当たらないということはできない。原判決認定の事実によれば、本件間貸が単なる事実上のものとは認められないとする趣旨の原判示は相当であるから、原判決が右間貸をもって民法第六一二条にいわゆる転貸借に外ならないものとしたのは正当である。そして家屋の一部の無断転貸を理由として家屋全部の賃貸借を解除しても、右解除権の行使を目して権利濫用とはいえないから、右転貸借につき賃貸人たる被上告人の承諾のない事実を確定した上、無断転貸を理由とする被上告人の本件家屋賃貸借解除を容認した原判決には何等違法はない。」

⑫ 最判昭和 31 年 12 月 20 日第一小法廷民集 10 卷 12 号 1581 頁

〔事実の概要〕 被上告人・賃借人の一人が上告人から賃借していた宅地を上告人の承諾を得ないで転貸した事案で、原審は、次のように判示して、被上告人を勝たせた。「建物所有を目的とする土地の賃貸借においては建物の賃貸借の場合とは異りその土地使用者が変わっても土地使用の点では殆んど影響のないのが普通であり賃貸人の利益は主として確実に地代の

支払を受け得るかどうかの点にあるから賃借物の無断転賃のなされた場合においても土地の利用者に変動はあっても地代の支払義務者には変動がないのであるから賃貸人において賃貸借を解除することを無制限に許すことはできない。……すなわち賃貸人の賃貸借契約の解除並びに賃貸物の所有権の行使は民法第一条の趣旨に従い社会正義に照らし正当の理由があると認められる場合に限り許されるものといわねばならない」。

〔判旨〕 破棄差戻。「民法六一二条は無断転賃による解除権の行使につき何等の制約も規定してはいない。建物の所有を目的とする土地の賃貸借においても必ずしも常に原判決のこのような事情があるわけではなく、むしろ賃貸物の利用者が何人であるかということは賃貸人の利害に関するところが少くはない。賃借地の使用状況はその利用者によって異り、その使用状況の如何は賃借地の経済的、物理的毀損に影響なしとはいえないのである。それ故法律は賃貸借の内容の如何を問わず一様に無断転賃を賃貸人に対する背信行為として賃貸借契約を解除し得べきことを規定したものと解せられるのである。・・・しかし法律は一方に権利を認めた場合においても、他面その行使が往々他人に著しい損害を与える虞あるときは、特にその行使につき正当の事由あることを要請する等これが制約を規定する方途に出るのである（例えば借家法第一条ノ二の如きがそれである）。そして更に法律はその本質上道徳に対する背反を肯定することはできないのであるから、もし権利の行使が社会生活上到底認容し得ないような不当な結果を惹起するとか、或は他人に損害を加える目的のみでなされる等公序良俗に反し道義上許すべからざるものと認められるに至れば、ここにはじめてこれを権利の濫用として禁止するのである（民法一条）。然るに無断転賃による解除権の行使については、正当の事由あることを要請している法律の規定はない。・・・原審は被上告人の民法六一二条一項違反によって本件賃貸借の解除権を取得した上告人においてその解除権を行使したのは、本件宅地にデパートを建設せんとする企図に出でたものであることを認定しているのであるから、たとえ本訴当事者双方に判示のような事情があったからとて、これを以って直ち

に上告人の本件解除権ないし所有権の行使に信義誠実の原則にもとり、公序良俗に反し道義上許すべからざる権利の濫用ありとなすには足りない。それ故原判決が判示事実関係を認定しただけで権利の濫用ありとしたのは民法一条の適用を誤った違法があり全部破棄を免れない。」

この期の最高裁の上記の立場は、この後も踏襲され、無断転貸等による賃貸人側の解除権の行使を信義則や権利濫用法理等一般条項により否認する立論はみてとれない。

(3) この期の学説の動向

それでは、この期の学説の立場はどうであるか。

まず、上記のような下級審判決の立場をどうみるか。一方に、「六一二条の解釈には手を触れる必要がなく、しかも、特段の法律構成や個別の判断基準を示さなくてもすむことから」、比較的安易に用いられたようである⁽⁸⁾、との実態分析がある。しかし、たしかにこれは傾向としては否認しきれない部分もあろうが、筆者の立場からはあつてはならないことである。また一方に、判例の基本的姿勢として、『信義誠実』とか『権利の濫用』とかというような言葉に依存しながら『具体的妥当な裁判』をなそうとする多くの下級裁判所判決が、つぎつぎと現われるに至ったのであつた⁽⁹⁾との論評・分析がある。この見方は判例の個々の是非は別として、判例のあるべき形姿にかなっており、また現実的評価としてもあたつていよう。

しかし、これに対し、最高裁は、この下級審の流れを受け入れることはしなかった。これをどのようにみるのが問題である。

広中俊雄教授も、上記⑩昭和 28 年の第二小法廷判決以降の最高裁の判例を受けて、つぎのように論じている。戦後さらに悪化した住宅事情のなかでの住宅の確保という名目のもと、「多くの下級裁判所は、この課題に直面して、『権利濫用の法理』を用いたり、あるいは『信義誠実の原則』に頼ったり、また一般に『民法第一条』を持ち込んだりする方法で、『具体的妥当性』をかちとろうとするに至った。しかし、あらかじめ用意されていた『権利濫用の法理』は、これをもって課題に立ちむかうべき『理論』としては

不十分なものであった（なぜなら、賃貸人が民法六一二条によって与えられている権利をどのように行使するかが問題なのではなく、その民法六一二条それ自体が現実の社会的・経済的要請に矛盾するものとなるに至っているのをどうするかが問題になっているのだから）し、一般的にいつて、右のような方法は、あまりにも安易に『権利の濫用』とか『信義』とかいうような言葉に頼るという傾向を生む危険性をはらんでもいた（そのことは、下級裁判所の判決を一つ一つ検討してみれば明らかになるであろう。・・・昭和三十一年一二月二〇日第一小法廷判決は、このような傾向に警告を発したものとしてその意義を認めらるべきである）。だから、民法六一二条二項による賃貸借の『解除』を制限するための別の方法が、右のような方法に取って代わらなければならなかった」⁽¹⁰⁾と。

すなわち、信義則や権利濫用法理といった、具体的な衡平処理ではなく、この段階においては、この問題を解決するための統合的基準が求められるべきとする論法である。それが、広中教授が主唱されている、後出の、いわゆる「信頼関係法理」ということになる。

これに対し、鈴木禄弥教授は、この広中教授の方法論を評価しながらも、この問題について、一步踏みとどまった立論を展開されている。「もっとも、すべての権利についての権利濫用についていえることだが、権利の外延の内在的限定によって権利濫用の問題が全面的に解消されるわけではなく、なおどうしても、権利濫用等の一般条項を取り出して権利行使を抑制しなければ具体的に妥当でない結果を生むことになる場合が残る（権利濫用禁止の原則の本来的存在意義はそこにある）。無断転借人が家屋所有権を買い取って、無断転賃を理由に、家主として原賃貸借契約を解除する場合などがもっとも典型的な例であろうが、住宅困窮者に間貸した場合なども、場合によっては、一応背信行為として解除権を発生させつつ、しかも、その行使が禁ぜられるという必要のある場合も考えられよう。いずれにせよ、一般条項の利用は、最小限度にとどめられるべきであるが、六一二条二項の解除権のように、権利自体の内在的範囲限定がいまだ十分に明確化されていない権利については、範囲の明確にされている安定した権利について

と比較して、この最小必要限度が、より大であることは否定できない⁽¹¹⁾とする。

(4) この期の判例・学説の整理

基本的には、賃貸借契約の解除権の問題は、個別具体的な問題というのではなく、民 612 条の解釈そのもののが論ぜられるべきものとなっているゆえ、「一般条項」で規定するよりも、民 612 条の内在的解釈として、新たな解釈法理が時代的要請から必要不可欠となっていた。その意味では、上記最高裁の立場は一般条項のとらえ方については、正当な指針を示しながらも、社会の実態を評価し切れていない、いわば旧体制を脱しえていない状況下にあるといえよう。

この期の論評としては、学説の立場からいうと、上記の広中教授の立場は正に正当な立場である。ただ、鈴木教授が的確に指摘されるように、具体的事案のなかには、信義則や権利濫用法理の固有の事案も存在することも事実である。それらについて、(「信賴関係法理」とは別に、)信義則や権利濫用法理が適用されるべきこともまた当然である。上記下級審判例の⑤や⑦判例は、解除権の前提となる当事者の行態のなかに信義に反する行態が含まれており、解除権行使が信義則上否認される、ないしは権利濫用となると解されることになる。ゆえに、筆者は、鈴木教授の立場に与したい。そして、それこそが、「信義則」論と「条理」論の分水嶺を示している。

3 賃借権の無断譲渡・転貸、民法 612 条とその解釈の変遷

(信賴関係法理の登場) — 第三期 —

- (1) まず、筆者の理解によれば、個別具体的な事案について、当事者の行為規範としての信義則などによって、行為の正当性を問題視し、その効力の是非を論ずることはできるが(実際に、上記諸判例のなかには、信義則や権利濫用法理により論ぜられるべきものも認められる)、一般論・一般的規範として、事象群を信義則や権利濫用法理で包括的・統括的に判断・適用することはそもそも信義則や権利濫用法理の能力の範囲を超えているし、法理論的にも無理である。それゆえ、前節に紹介した(最高裁)判例・学

説の基本的立場は正当と評価できる。そこで、この基本的立場に立脚しつつ、判例ならびに学説は民 612 条の規定の見直しを行わざるを得なかったのである。すなわち、民 612 条の解釈に修正を加え、そこに新たな法解釈をもちこんだ。それがまさしく、「信託関係法理」である。

ここでは、なにゆえ、判例・学説が信義則などの一般条項によらずに、新たな法理論を必要としたかが明らかになる。しかし、判例・学説が明らかにしているところはそこまでで、冒頭にも述べたように、この新たな法理が、法解釈上何者であるかについて、学説も判例も明らかにしていない。それこそ問題である。

(2) この期の判例の動向

① 最判昭和 28 年 9 月 25 日第二小法廷民集 7 卷 9 号 979 頁

〔事実の概要〕 宅地の賃借人・被上告人からその所有する借地上の倉庫を賃借していた A は、右倉庫焼失後、宅地に隣接する部分に跨がり建物を建てはじめた。これにより被上告人は賃貸人・上告人の承諾を得ないで賃借地を第三者に使用させたこととなったとして、上告人は被上告人に対し、民 612 条 2 項による賃貸借の解除を行い、右建物の取去、土地の明渡を請求した。一審、二審ともに上告人敗訴。原審は、「賃貸借当事者間の個人的信託関係を破るものであるが故に、賃借人にかかる背信的行為ある場合の制裁を定めたものであり、民法第六百十二条第二項の規定による解除権もかかる信託関係を保護する趣旨に出たものと解すべきであるから・・・何等背信的な廉のあること認め難い以上」本件賃貸借が消滅するいわれはない、として、賃借人・被上告人を勝たせた。

〔判旨〕 上告棄却（多数意見 5 名中 3 名）「元来民法六一二条は、賃貸借が当事者の個人的信託を基礎とする継続的法律関係であることにかんがみ、賃借人は賃貸人の承諾がなければ第三者に賃借権を譲渡し又は転貸することを得ないものとすると同時に、賃借人がもし賃貸人の承諾なくして第三者をして賃借物の使用収益を為さしめたときは、賃貸借関係を継続するに堪えない背信的所為があったものとして、賃貸人において一方的に賃貸借関係を終止せしめ得ることを規定したものと解すべきであ

る。したがって、賃借人が賃貸人の承諾なく第三者をして賃借物の使用収益を為さしめた場合においても、賃借人の当該行為が賃貸人に対する背信的行為と認めるに足らない特段の事情がある場合においては、同条の解除権は発生しないものと解するを相当とする。」

本件において・・・、「被上告人の右行為を以て賃貸借関係を継続するに堪えない著しい背信的行為となすに足らないことはもちろんであるから、上告人の同条に基く解除は無効というの外はな」い。

このリーディングケースを受けて、家屋の賃貸借に関する事件において、② 最判昭和 30 年 9 月 22 日第一小法廷（民集 9 卷 10 号 1294 頁）は、「賃借人が賃貸人の承諾を得ないで賃借権の譲渡又は賃借物の転貸をした場合、賃貸人に解除権を認めたのは、そもそも賃貸借は信託関係を基礎とするものであるところ、賃借人にその信託を裏切るような行為があったということをも理由とするものである。それ故、たとえ賃借人において賃貸人の承諾を得ないで上記の行為をした場合であっても、賃借人の右行為を賃貸人に対する背信行為と認めるに足りない特段の事情のあるときは、賃貸人は同条同項による解除権を行使し得ないものと解するを相当とする。」

さらに、③ 最判昭和 31 年 5 月 8 日第三小法廷（民集 10 卷 5 号 475 頁）は、この両判決を引用して、「賃借人が賃貸人の承諾を得ないで賃借物の転貸をした場合であっても、賃借人の右行為を賃貸人に対する背信行為と認めるに足りない特段の事情あるときは、賃貸人は民法六一二条二項による解除権を行使し得ないことは当裁判所の判例とするところである」と述べるに至ったのである。

以後この立場は、踏襲されている。

（３）この期の学説の動向

（イ）さて、このような判例の動向に対し、学説はどのようにみているのか。

否、理論的展開の筋道からすれば、以下に示す新学説の台頭により、判例が態度を変えたとみるべきであろう。ゆえに、学説はおおむねこの判例の変説を評価しているとみることができよう。

この新学説の芽生えは、実は案外古い。戦前・戦後を通じて、着々と

理論化され、ようやくこの時期に結実してきたのである。たとえば、戒能通孝教授の視座は、継続的債権契約としての賃貸借における相信関係の重要性を認めつつも、その「相互信頼」というファクターを不動産賃貸借の社会的経済的実態に即してとらえ直すことにより、民 612 条の適用を制限しようとした。

すなわち、戒能教授は、近代的な借地・借家関係を、身分的従属関係ではなく、「専ら経済的な物の使用収益関係である」ととらえ、借地地例えば、「何人が敷地を具体的に使用しようと、地代が確実に支払われる以上、貸主にとって特別の痛痒は殆んどなく、その範囲内では賃借権の移転について貸主の承諾を必要とする実質的根拠は消滅する」とする。したがって、民 612 条の原則は（借家の場合をも含めて）、従来強調された人的相信関係に代わって、「経済的信用関係」が損われるか否かこそがその適用の基準とならなければならない、と指摘した。⁽¹²⁾

この立場は、この後の多くの学者に受け継がれ、新学説の確立に向かうことになったことは周知の事実である。

ここでは、その実態を的確に分析している原田純孝教授および田中実教授の言辞を紹介する。まず、原田教授は、「六一二条の解釈理論は戦後の急激な社会経済事情の変化に伴って大きな転回をとげ、そのなかからほぼ昭和三〇年代前半頃までに、同条に関する信頼関係理論が形成されてくる。敗戦後の極端な住宅事情の逼迫が借地・借家をめぐる問題状況を一変させ、そのもとでとりわけ借家の無断譲渡・転貸（なかんずく一部転貸ないし間貸）に関する紛争が正当事由のそれに次ぐ勢いで増大したのに対して、従来の判例理論をそのままの形で維持することはもはや不可能であったのである」⁽¹³⁾と。

ついで、田中教授は民 612 条について、「当初、同条は、賃貸人の有する所有権の優越性を示し、かつ賃借人の目的物利用における個人的差異から賃貸人の利益を擁護するためのものとして理解され、あわせて借地・借家等における前近代的な『大家・店子』的意識の残滓も附加されて、ほとんど字義どおり、賃貸人の承諾なしには賃借権の譲渡や転貸は

厳禁されるものとされていた。

しかし、資本主義の発達、産業および人口の都市集中を促進するとともに、あいつぐ地震・火災・戦争等の災害により、借地・借家等をめぐる紛争の激増と労働者の住居の不安定とをもたらした、不動産利用関係の調整に政治的・社会的配慮が必要とされるにいたつた。借地法や借家法の制定・改正もあつたけれども、なお不十分であり、ついに最近の判例・学説は、貸借人の立場をいつそう強化し、民法の明文にもかかわらず、貸借権の無断譲渡・転貸に対する制約を緩和しようとする努力を示した⁽¹⁴⁾とする。

この点について、まさしく、原田および田中教授の立場は同様であるが、田中教授は、さらに前述のように、判例・学説が一時的に信義則等の一般条項によって、問題を処理していたことについても、その経緯ならびに問題点を適切に述べられている。「すなわち、無断転貸のごときのも、もし貸借人の背信行為とみとめえないような特殊の事情があるときは、信義誠実の原則により、賃貸人の解除権行使は制限されるとか、あるいは、さらに徹底的に解除権そのものが成立しないと説くようになってきているのである・・・。

この意味における信義誠実の原則への要求は、もともと民法に内在するものではなかつた。それは、単純に民法の機械的・形式的な適用をゆるめ、当事者間に利益を平均的に分配することを目的とするものではない。借地法や借家法の立法の動機と同じく、むしろ貸借人と賃貸人との間の均衡を破る程度にまで貸借人の立場を有利にし、これによつて居住の安定をはかり、住宅問題解決にかけられた国家のひろい住宅政策の一翼を担おうとするものである。そこには、本来の民法とは異質な政治的・社会的配慮が作用していると考えなければならない⁽¹⁵⁾と述べている。

この田中教授の言辞にみられる「信義誠実の原則」の文言は、前節・第二期の解除権制限に向かう過渡的な判例（とくに、上記、下級審判決）の動向を説明するためのものであるが、それは本来信義則の使命を超えるものであり、民 612 条の制約原理の根本は、「本来の民法とは異質な政治的・

社会的配慮が作用していると考え」ているところから、原田教授とも、さらにいえば私見とも同じ立ち位置にあるとみることができよう。⁽¹⁶⁾

その結果、学説の方向づけとしては、基本的に民 612 条を、信義則などの一般条項により抑制的に解釈するという方法ではなく、民 612 条の時代的要請による解釈変更（いわば、修正解釈）による体系化を試みたのである。これが、上記の新学説であり、「信頼関係法理」につながっていく。

（ロ）そこで、まず本稿で度々登場する鈴木教授の立場を紹介する。

上記の判例の立場について、「判例・学説の集積によって、むしろ一定の要件あるときにのみ解除権が発生する、という風に考えられ、民法六一二条の解釈そのものが変化してきたことを意味する。解釈技術としては、六一二条の立法の根拠たる信頼関係の維持というのは、かつてのように家主・借家人間の個人的信頼関係のそれではなくて、具体的な信頼関係のそれを指すのであり、無断転貸ないし賃借権無断譲渡があっても、当然にかかる信頼関係を破壊するものではない、と解するに至っているのであって、この考え方は、基本的には、正当である。」⁽¹⁷⁾

最後に、いわゆる「信頼関係法理」の権威と目すべき、広中教授の立場を紹介する。

広中教授は、先述のように、民 612 条の歴史的意義は理解しながらも、これまでの学説の動向と同様、その規定の趣旨の根本的転換を企図している。まず、「民法六一二条は、賃貸人が、その個人的恣意に基づいて、賃借権の譲渡または転貸を阻み、さらには賃借人の違反行為がそれ自体としては実質的になんら重大なものでない場合でも現存賃借権を消滅させる口実としてそれを利用するということ、を可能にする規定である」と手厳しく評価してきた。⁽¹⁸⁾

これは、鈴木教授らもそうであるが、不動産賃貸借の時代の要請にとりもなう法的対応の遅れを意味するもので、広中教授はこの「時代の要請」をつぎのように説いている。本節、①最判昭和 28 年 9 月 25 日の判例解説において、民 612 条の「規定は、いうまでもなく、賃借人が無断で第

三者に賃借物を使用収益させたらただそれだけの理由で当然に賃貸人は契約の『解除』をなしうるということを明らかにするために設けられたものであった。同条は、法典調査会における梅博士の説明からも明らかなように、小作（しかも同博士が『民法要義』に書いたような刈分小作ではなくて普通小作）を特に考慮しつつ設けられたものであるが、同時に宅地や家屋の賃貸借をも規律対象として予定したものであり、そして、それを支えたものはこれら不動産利用関係の前近代的性格であったといえる。本判決は明らかに上記のような六一二条の立法趣旨から離れたものであるが、こうした判決の出現の背後に、われわれは、それら不動産利用関係の、社会関係としての質の変化（近代的契約関係への変化）を読み取らなければなるまい。」⁽¹⁹⁾

つまりところ、「もろもろの不動産利用関係の、社会関係としての質の変化すなわち近代的契約関係への転化が進んでゆけば、そしてまた同時に、あれこれの領域において不動産賃借権の保護が資本制経済＝社会の課題となつてゆけば（詳論はひかえる）、事態はおのずから異なつてくる。不動産賃借権が一個の財産権＝商品となり、さらには賃借人の資本の構成部分になるという発展のみられる領域では、賃借権譲渡・転賃は、借地上に建物があり借家に造作があればむろんそれらの換価をふくみつつ商品の貨幣形態への転化ないし資本の動化を実現する手段として機能するのであり、上記の発展が進めば進むほど、そのような機能をもつ賃借権譲渡・転賃は必然となる。また、家屋の賃借権は都市における多数の小市民・労働者の生活の不可欠の基礎を形づくるものとしても時代とともに重要性を増してゆくが、この場合、賃借権譲渡・転賃は、需要に対して新たな賃借権の供給が不足しているときの補助手段として機能するのであり、新たな賃借権の供給が不足がちになればなるほど、そのような機能をもつ賃借権譲渡・転賃は必然となる。そして、このようにして必然化する賃借権譲渡・転賃に一定の法的保護を与えることは、それぞれの意味において、資本制経済＝社会の一課題となるのであり、それと矛盾するかぎりにおいて、おそかれ早かれ、何らかの形で賃借権譲渡・

転貸を賃貸人の個人的恣意から解放することが要請されるに至る。他方、それぞれの領域における不動産利用関係の近代的契約関係への転化によって、こうした要請にこたえることを可能にする地盤も培われるはずである」と総括している。(20)

- (ハ) ここまでの、新学説の論者たちの見識は、まさしく正当で、民 612 条の解釈を大転換させる必然性は確かなもので、この大転換の根拠として発明されたのが、「信頼関係法理」であった。

そこで、当然に、論者たちの関心はこの新学説、「信頼関係法理」の理論化であったが、広中教授も指摘するように、「判決によって決定的に重要な意義を附与されたところの『信頼関係』とか『不信』行為とか『背信』行為とかの概念は、その重要性を失わないであろう。ところが、判例は、賃貸借契約を支える『信頼関係』とはどのようなものであるのか、『不信』行為あるいは『背信』行為とはどのような行為をいうのかということ、まだほとんど明確にしていない。」(21)

このような状況に対し、とくに広中教授は、「信頼関係法理」における「信頼関係」の意味を明らかにしようとする。それは説得の技術として、信義則などの一般条項によらずに、納得のいく説明を探ろうとするものである。(22)

結局、「信頼関係法理」にいう「信頼関係」とは、広中教授によれば、次のように説かれている。

「『背信』とは何か。一上述のようにして形成された新しい判例によって、『背信』という概念が決定的に重要な意義を附与されるに至ったことは、…それがどのような内容のものであるのかを明確にすることによってはじめて、この判例のもつ意義の理解は完全なものになるであろう。

この判例にいわゆる『背信』は、…特殊的に人的（マックス・ウェーバーのいわゆる *persönlich*）なものとして理解されてはならない。今日の不動産賃貸借における『信頼関係』、したがってまた当面の問題である『背信』は、むしろ即物的（*sachlich, unpersönlich*）なものとして法的にサンクションさるべきものである」と。(23)

この「信賴関係」とは何かという部分についての議論は、いまだ決着してはいない。石田喜久夫教授、鈴木教授から異論が唱えられているのは周知のことである。⁽²⁴⁾しかし、本稿の目的は、信賴関係の意義を探ることを目的としてはいないゆえ、「賃借権の無断譲渡・転貸と信賴関係法理」の概説・整理はここまでにする。

さて、以上の概説・整理を踏まえて、筆者の「信義則」論と「条理」論の正常化を目指して、分析を行うことにする。

三 「信賴関係法理」と信義則・権利濫用法理の法解釈上の意味の 分析と分類

- (1) 上記のように、広中教授をはじめ多くの論者が「信賴関係とは何か」ということについて、より精密な分析を行い、明確化しようと努めてきたことは、大いに評価されるべきことである。しかし、最高裁判例として突如として現れた法命題である「信賴関係法理」が法解釈上いかなる法源であるかについては、これまでに示してきたように、判例はもちろん、論者は明らかにしていない。それは、「信賴関係法理」が信義則などの一般条項と異なり、明確な存在根拠のある法命題ではないことに由来する。これでは、裁判所や論者が法解釈・法判断を行ううえで、ある意味無責任というそしりをうけてもやむをえない。最後に、この「信賴関係法理」とは何か、そして「信義則」論との関係について、筆者の立場を述べることにする。
- (2) ここでの議論は、広中教授の「信賴関係法理」の位置づけに関する、つぎなる言辞から始める。すなわち、前出（前章第三期・最高裁①②③判決について）の、「昭和三一年五月に第三小法廷判決が『当裁判所の判例』とよんだところのもののもつ意義は、明らかになったであろう。この判例は、それがどのように理由づけられるか（たとえば最初の判決および二つ目の判決を参照）にかかわりなく、明治二九年法律八九号の民法六一二条を修正するために、定立さるべくして定立されるに至ったところの一つの法命題（Rechtssatz）であるということが、率直に承認されなければならない

であろうと思われる」と。(25)

そして、「戦後の少なからぬ下級裁判所判決が、顧みられなければならないと考えられる。なるほど、それらの多くがとった方法は、『権利濫用の法理』を用いたり、あるいは『信義誠実の原則』に頼ったり、また一般に『民法第一条』を持ち込んだりする方法であった。しかし、判例によって新たな法命題が形成されてゆく過程でいわば便宜的な方法がとられたとしても、それによって当然に、そこでの結論が不当なものであったと考えなければならないことになるわけでは決してない。それらの下級裁判所判決は、あい集まって、判例による新たな法命題の形成を導く基盤となったもののなのであり、その理解のためにこれらの下級裁判所判決もまた参照さるべきは、むしろ当然である」と述べている。(26)

筆者が問い直そうとしている視座はまさしくこれらの金言の中にある。問題とすべきは、まさしくこの「(一つの) 法命題」についてである。この法命題、すなわち、「信頼関係法理」は何なのか。

まず、この法命題がいかにして誕生してきたかをみてみよう。前章・第一期の時期を振り返れば、民612条の内容に変更は求められていないため、この法命題が生まれる余地はないことが知れる。筆者の立場からすれば、この法命題が誕生する契機は、第二期以降ということになる。民612条の具体的適用が、戦前・戦後を通じての社会状況下、具体的妥当性を追求しえないことになり、広中教授がここで指摘しているように、既存の法命題である信義則など一般条項によりその具体的妥当性を図ろうとした動向にある。そして、無断譲渡や転貸の事象における賃貸人や賃借人の行態を信義則や権利濫用法理から行為規範的に個別に分析する作業、そしてその積み重ね（第二期）によって、まとまったある法命題が導き出されるにいたる。それがまさに「信頼関係法理」（第三期）である。この他の法律問題（たとえば、受領遅滞論・契約交渉の際の過失責任論等々）では、信義則など一般条項にそのまま法解釈上法創造的・法修正的な働き（立法者的機能）をさせる立論はみられるが、この無断譲渡・転貸をめぐる解除権の制限に

関する法律問題については異色で、信義則などによる具体的妥当性を探る分析の積み重ねにより、それらを元に新たな法命題が生み出されたのである。まさに、法解釈論として、正当な（王道の）道を歩んだ、希有なケースであるといえる。

さて、学説や判例が実際の裁判事案で自らの責任のもと創造した法命題、「信託関係法理」は、新たな法源として機能している。この法源とは何か。第二期にいたるまで、民 612 条はそのまま実定法規という法源であった。第二期において、信義則や権利濫用法理といった民法 1 条由来の一般条項によって、その規定の一部が事実上修正される動きはあったが、それは実定法規間による相互規制によるもので、理論的には民 612 条自体が修正され、新たな法創造を企図したものではなかった。ところが、第三期になって、明らかに民 612 条の内容は修正され、一部法の欠缺を導くことになる。そして、その欠缺を補充する役割（法創造機能）を担うことになったのが、「信託関係法理」ということになる。この「信託関係法理」を法源論の分析から評価すると、われわれの知るところにしたがえば、それは「条理」というべきである。この後の判例の積み重ねによって、「判例法」と呼ぶことはできたとしても、少なくとも、リーディングケースである、前出の、第三期①最判昭和 28 年 9 月 25 日第二小法廷は、「信託関係法理」を「条理」として判断・判決したとすることは否定できないであろう。要するに、筆者の立場によれば、「信託関係法理」は法源としての「条理」ととらえるべきであり、広中教授らが行ってきた分析・研究は、「信託関係法理」という「条理」をより明確な法源とすべき努力のあらわれであるとみるべきと評価するものである。⁽²⁷⁾

- (3) 最後に筆者の本稿の視座から、「信義則」と「信託関係法理」の法解釈論上の関係性をまとめてみよう。これまで、通説的学説は、信義則に法創造的機能および法修正的機能、まとめていえば立法者の機能を、すなわち、信義則に「条理」機能をもたせてきた。筆者はこの考え方に対し様々な機会でも反論してきたが、本稿でとりあげた民 612 条をめぐる法律問題は、まさしく筆者のこの立場を跡づける内容のものであった。この法律問題は、

まさに信義則などの一般条項が民 612 条の法律構成を補充・修正する手段として用いられることを否定し（とくに、前章・第二期・最高裁判例参照）、法創造的機能および法修正的機能を適正なる新たな法命題・法源にゆだねる立場を構築した。その法命題・法源である「条理」こそが、「信頼関係法理」である。と同時に、信義則（ないし権利濫用法理）は、（上記、「第二期」の所で述べたように）行為規範的機能という本来の機能を担うことになる。よって、この民 612 条の法律問題は、信義則の行為規範的機能の固有性を、そして、法創造的機能や法修正的機能は、信義則によらず、条理によるべきものであることを、われわれに教示する研究資料そのものとなっている。

註

- (1) 同じような問題提起は、最近散見されるようになり、たとえば廣峰正子「信義則再考 ―わが国の最高裁判例にみる信義則の役割―」は、その冒頭で、「はたして信義則は、従来目されているような、当事者間の公平を図るための調整原理に過ぎないものなのか、あるいは、裁判所が具体的妥当な結論を導き出すための窮余の策でしかないのか、という疑問である」と述べられ、分析を進められている（立命館法学 2006 年 1 号（305 号）99 頁）。筆者との立場の違いはともかく、学問のテーマとして、これまで放ってこられた事柄に真摯に論究されていることに敬意を払いたい。
- 拙稿としては、「信義誠実の原則の構造論的考察 ―信義則の行為規範的側面の再評価―」民商法雑誌（一）（二）91 巻 4・5 号（1985 年）、「信義誠実の原則の構造論とその法解釈論における地位」（一）（二）（三）高千穂論叢 31 巻 3・4 号、32 巻 1 号（1996/1997 年）、「『条理』と『信義則』の法源論における位置づけと私見について」高千穂論叢 46 巻 4 号 15 頁（2012 年）および「債務の履行における僅少額不足と『信義則』論」高千穂論叢 49 巻 1 号 211 頁（2014 年）参照。
- (2) 民法 612 条の立法的経緯およびその後の解釈変遷については、多くの研究が認められるが、ここでは原田純孝「民法六一二条（賃借権の無断譲渡、無断転貸）」広中・星野編・民法典の百年Ⅲ397 頁以下（1998 年、有斐閣）、注釈民法（15）債権（6）・広中俊雄教授執筆部分 206 頁以下（昭和 48 年、有斐閣）参照。
- (3) この解除権が、民法 541 条の法定解除権に由来するものか、賃貸借契約等継続的契約関係に固有の解除権に由来するものかについても議論があるが、本稿の直接的課題ではないので、その辺の議論は省略する。
- (4) 明治期のものとしては、大判明治 37 年 9 月 29 日民録 10 輯 1196 頁がある。

- (5) この時代の確立した考え方で、一例として、鈴木禄弥・居住権論（新版）100 頁以下（昭和 56 年、有斐閣）参照。
- (6) 山中康雄・法学協会雑誌 53 卷 1836 頁（昭和 10 年）において教示された視座は、この後の判例において数次的に争点化されるようになった。
- (7) 阿部浩二・民商法雑誌 33 卷 2 号 144 頁（1956 年）。
- (8) 原田「賃借権の譲渡・転貸」民法講座 5・契約（昭和 60 年、有斐閣）336 頁参照。
- (9) 広中俊雄「賃貸借における『信賴関係』の破壊と『解除』」不動産賃貸借法の研究（1992 年、創文社）22 頁参照。
- (10) 広中・同書（同論文）22 頁以下。さらに、同書所収「賃貸借における『信賴関係』の破壊についての総括的考察」（242 頁以下）に詳しい。とくに、『信義誠実の原則』というのは民法のすべての規定の根底をなしている、裏からいうと結局、近代民法典の諸条文は近代的な取引における信義誠実の原則の具体化、市民にとって予測可能な法機能というものを確保しうするために要件や効果を個別化し具体化したものにほかならないというふうに言うことができるのでありまして、そういう一般的な近代民法典のありかたに照らしても、民法第一条の広過ぎる使用というのは警戒されなければならないというふうに私は考える」と述べている（243 頁）。
- (11) 鈴木・前掲書 110 頁。
- (12) 戒能通孝・借地借家法 50 頁（昭和 14 年、日本評論社）および同・債権各論 208 頁（昭和 21 年、巖松堂）参照。
- (13) 原田・前掲論文 334 頁以下。
- (14) 注釈民法（1）総則（1）・田中実教授執筆部分（昭和 55 年、有斐閣）72 頁以下参照。新版注釈民法（1）総則（1）・安永正昭教授執筆部分（昭和 63 年、有斐閣）79 頁以下にも同様の趣旨が述べられている。
- (15) 注釈民法（1）・田中 73 頁。
- (16) 同書 88 頁参照。さらに、「信義則の機能」について、田中教授はつぎのように述べている。「社会法的機能においては、市民法原理にたいする背反があるのだから、信義誠実の原則の通用は軽々しくみとめるべきではない。裁判に政治的・社会的配慮が導入されることは、いろいろな意味できわめて危険だからである。国家が立法的措置によつて政治的・社会的配慮の実行を明確化したとか、学説ないし世論が一致して要請するとかいうような場合でなければ、みとめるべきではない。たとえば、立法により借地借家法という特殊領域が形成され、国家の政策的立場が明確化されてはじめて、元来は賃貸人と賃借人との間の私的対立にすぎなかつたものが、賃借権の保護を要請する歴史的背景のもとに社会性を帯有するにいたり、市民法原理に背反してまで賃借人の立場を有利にし、賃借権の無断譲渡や転貸にたいする賃貸人の解除権を制限することも許されるようになるのであつて、軽率に信義誠実の原則を用いて先走つた先例を開くべきではないのである」と。まさしく、正論というべきである。
- (17) 鈴木・前掲書 110 頁以下参照。また教授のいわゆる「居住権」論の立場からすれば、「わが民法六二二条は『賃借権の無断譲渡の禁止』を規定しているが、かかる譲渡転貸の不自由はけつして賃借権そのものにとって必然的なものでなく、たとえば、フランス民法典やドイツ民法第一草案は、借家人に賃借権の処分を認めている。すなわち、賃借権に譲渡・転貸の自由を認めるか否かは、賃借権の概念自体によって決せられるものではなく、一つの立法的決断の問題であり、賃貸借の存続のために必要とされている『信賴関係』が個人的なものとして理解されるか、または、

経済的・具体的なものとして理解されるか、によって定まる。資本主義社会における賃貸借関係は給付と反対給付とからなる一つの交換関係であって、そこでの『信頼関係』は経済的・具体的なものであるから、賃借人の個性は問題でなく、借家人の間貸行為によって、家主はなんらの損失をも受けるものでない。けだし、一旦借家人に賃貸してしまった家屋については借家人の居住権が借家法によって強力的に保護されている結果、家主にとっての該家屋所有権は、事実上一定額の家賃を定期的に収取る権利すなわち『家賃収取権』と化しているからである」とする（同・113頁以下）。

(18) 広中・前掲書 14 頁。

(19) 同書・84 頁以下参照。

(20) 注釈民法（15）・広中 206 頁以下参照。

(21) 広中・不動産賃貸借法の研究 11 頁。

(22) 同書・242 頁参照。さらに、同書論文の中で、端的につぎのように述べられている。「そういう意味におきまして、さきほど言ったような、不動産賃貸借の『解除』原因としての『信頼関係』の破壊というものも、一般条項の広過ぎる使用という危険性との関連でいえば、明らかに正当な線であり、裁判所はまさにそういう正当な線を踏んできた、というふうに評価しなければならない。結局、私の結論はそこに落ち着くのであります。

もつとも、こういう『信頼関係』の破壊、あるいは『不信行為』、『背信行為』というようなことばと信義誠実の原則といったようなことばとどれだけのへだたりがあるだろうかという疑問、信義則という不確定的な、あるいはあいまいなことばが『信頼関係』というあいまいなことばに言い換えられただけじゃないかという疑問も、もちろんあるわけです。『信頼関係』、あるいは『不信行為』、あるいは『背信行為』といったようなことばは、考えようによっては非常にあいまいで、どういうものをとらえて、『信頼関係』といい、『背信』といい、『不信』というのかということとは、私たちの日常語の感覚から申しますと、たしかにはつきりしない。そういう意味におきましては、信義則、あるいは信義誠実の原則というもののもつあいまいさと、少しも変わりはないと言ってもさしつかえなさそうな側面をもっている、私は思います。そういう点が、信義則で処理すれば充分なのだという説を導いている一つの原因かもしれません。そういうふうに考えてきますと、問題は、さまざまの判決が言っているところの『背信行為』あるいは『不信行為』、『信頼関係』の破壊というものを、いかなるものとして理解しなければならないかという、むしろその点にある、というふうに考えなくてはならないと私は思うのであります。そういう角度から考えてはじめて、ことがらを直接に信義則で処理するのではなく、こういう別の処理基準で処理することの意義がはつきりしてくるのでありまして、そういう問題に関連して私は、何年か前になりますが、不動産賃貸借の『解除』原因としての『信頼関係』の破壊あるいは『不信行為』、『背信行為』というものは特殊的に人的なものとして理解されてはならない、ということを書いたことがあります。この論文は、その後、注を整備して『契約法の研究』という単行本に収めました。が、学者の間でしばしば議論される『信頼関係』論は、その問題をめぐってのものであります」（同書・243 頁以下）。

(23) 同書・24 頁。

(24) とりあえず、石田喜久夫「無断転貸・譲渡と権利濫用」末川古希 権利の濫用 上 178 頁以下（昭和 43 年、有斐閣）、同「借地権の譲渡・転貸」現代借地借家法講座 1

166 頁以下（1985 年、日本評論社）、鈴木・前掲書 110 頁以下参照。

(25) 広中・前掲書 26 頁。

(26) 同書・28 頁。

(27) これに対し、安永教授は、新版 注釈民法（1）総則（1）の執筆部分の中で、「不動産賃貸借契約の領域では信義則が援用されることが多い。ここでは、賃貸人の力が賃借人のそれを上回り、形式的な法規定・契約文言にもかかわらず賃借人を保護すべき場合が少なくないからである。判例では、とりわけ賃貸人の解除を制限する場面での展開がめざましい。そこでは、信義則に基づく下位の法原則であるいわゆる『信賴関係破壊の法理』が形成され、展開されている」（114 頁）と述べられている。上記のように、たとえば、最高裁が賃借権の無断譲渡・転貸について、信義則など一般条項を適用することを否定したうえで、「信賴関係法理」による解決を志向した経緯からして、最高裁の立場とは、また少なくとも筆者の立場とは異なる見方であるといえよう。